

INVESTIGARE

CENTRO DE INVESTIGACIÓN
EN POLÍTICA CRIMINAL

Obstáculos para una cultura de paz penitenciaria. Caso la Picota

- Felipe Gallardo

Aproximación a los fundamentos de la responsabilidad del estado por corrupción despojadora

- Alejandro Rodelo Sanabria

Responsabilidades estatal y penal de las personas jurídicas por daños ambientales. Estudio de caso: Holcim Colombia en Nobsa, Boyacá

- Marcos Gabriel Acevedo

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Imagen: Diego Borbón

- 1-9** Obstáculos para una cultura de paz penitenciaria. Caso la Picota.
- Héctor Felipe Gallardo Muñoz
- 10-23** Aproximación a los fundamentos de la responsabilidad del estado por corrupción despojadora
- Alejandro Rodelo Sanabria
- 24-31** Responsabilidades estatal y penal de las personas jurídicas por daños ambientales. Estudio de caso: Holcim Colombia en Nobsa, Boyacá.
- Marcos Gabriel Acevedo

Directora:
Marcela Gutiérrez

Editor:
Angélica María Pardo

Comité editorial:
Marcela Gutiérrez
Ana Lucía Moncayo
Angela Marcela Olarte
Bibiana Ximena Sarmiento
Angélica María Pardo López

OBSTÁCULOS PARA UNA CULTURA DE PAZ PENITENCIARIA. CASO LA PICOTA

HÉCTOR FELIPE GALLARDO MUÑOZ¹

RESUMEN:

La cultura de paz propende la prevención de la violencia y la solución pacífica de conflictos. Este tipo de violencia se debe entender como la insatisfacción de necesidades básicas, mas no como guerra. La cultura de paz penitenciaria tiene las mismas aspiraciones, pero al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios son varios los obstáculos que se presentan en la consecución de un ambiente penitenciario apto para lograr la anhelada reinserción social de las personas privadas de la libertad.

Palabras clave: Paz, hacinamiento, cárcel, resocialización, cultura, dignidad.

1- INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “OBSTÁCULOS PARA UNA CULTURA DE PAZ PENITENCIARIA. CASO LA PICOTA” se refiere a los obstáculos que presenta la resocialización penitenciaria desde la óptica de la cultura de paz. Esta cultura se puede definir como el medio que utilizan las sociedades para lograr el respeto de los derechos humanos, la convivencia, la socialización y la paz. En el ámbito penitenciario, esta cultura surge como un medio para lograr la eficiencia en el tratamiento penitenciario. Es decir, los internos necesitan condiciones de reclusión dignas que satisfagan necesidades básicas de subsistencia, con el fin de evitar una descomposición individual que obstaculice un ambiente pacífico y apto para el tratamiento penitenciario.

La investigación de esta problemática social se realizó por el interés de conocer la realidad penitenciaria que viven las personas privadas de la libertad. Esto permitió identificar el mito de

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo: hfgm9330@hotmail.com

la pena con fin resocializador y las consecuencias que trae a los internos y a sus familias. Profundizar la investigación desde la perspectiva de la sociología jurídica fue un interés académico, incentivado por los docentes del Centro de Investigación en Política Criminal, a quienes agradezco el interés y la motivación.

De ahí que el interés de este trabajo resida en conocer los obstáculos que impiden la cultura de paz en la cárcel para tener un insumo en la creación de programas para el desarrollo, a largo plazo, de actitudes, conocimientos, espacios y ambientes que puedan mejorar la convivencia y el funcionamiento de las instituciones penitenciarias. Esta investigación intenta alentar a la opinión pública a no respaldar políticas penitenciarias que afecten la dignidad y la salud humana, y aportar al desarrollo gradual de una nueva conciencia penitenciaria que suponga una percepción diferente de lo que significa la convivencia en las cárceles y logre cambiar una cultura de violencia por una cultura de paz.

...

Las condiciones de vida de un ser humano sí influyen en su capacidad para ser un actor de paz. Johan Galtung, filósofo e investigador de la paz, estableció que la ausencia de guerra no es sinónimo de paz. De ahí que la paz "... supone la realización de la supervivencia, el bienestar, la identidad y la libertad para todos, es decir, la satisfacción de las necesidades humanas básicas." (Fisas, Introducción al estudio de la paz y de los conflictos, 1987, pág. 80). Este trabajo se basa en aquel concepto de paz. Galtung clasifica las necesidades básicas que todo humano debe tener satisfechas de esta manera:

Necesidades Básicas, materiales y no materiales. (UNESCO, 1981)		
CATEGORÍA	NECESIDADES Y/O DERECHOS	BIENES
Supervivencia	-Individual: frente a accidentes, homicidios -Colectiva: frente a ataques, guerra.	Seguridad
Fisiológicas	-Hacia adentro: Nutrición, alimentos, aire, sueño. -Hacia Afuera: Movimiento, agua, excreción.	Alimentos
Ecológicas	-Climáticas: protección contra la intemperie. -Somáticas: Protección contra la enfermedad.	Vivienda Medicación
Sociales	-Comunidad: amor, sexo, descendencia -Cultura: expresión, diálogo, educación	Escolaridad
Libertad	-Derecho a viajar -Derechos de expresión y de impresión	Transporte Comunicación
Jurídicas	-Derecho a la protección jurídica	Tribunales, etc.
Trabajo	-Derecho al trabajo: necesidad de creatividad, Autoexpresión en el trabajo.	Puestos de trabajo

Relación con la sociedad	-Necesidad de actividad, de ser sujeto y no solo objeto. -Necesidad de tiempo libre, experiencias. -Necesidades intelectuales y estéticas.	
Relación con otros	-Necesidad de comunidad, compañerismo, amistad, solidaridad.	
Relación con uno	-Necesidad de protagonismo, de realizar el yo potencial.	
Relación con naturaleza	-Necesidad de algún tipo de comunión con la naturaleza.	

Por ejemplo, las categorías de supervivencia y fisiológicas son las principales causantes de las muertes en el mundo. Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la cifra total de personas que sufren de necesidades fisiológicas, es decir padecen hambre, asciende a 815 millones, mientras que el porcentaje de la población mundial víctima del hambre es de 11%, distribuidos así: Asia 11,7%, África 20%, Latinoamérica y el Caribe: 6,6% (El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo, 2017).

La ausencia de paz es la mayor causante de violencia y muertes en el planeta Tierra. Tener mayor satisfacción de necesidades humanas básicas para ser actor de paz es imperioso en una sociedad civilizada, y en general, en cualquier comunidad de seres humanos.

La cultura de paz dentro de un establecimiento carcelario sí tiene obstáculos que influyen en el tratamiento penitenciario y en la reinserción social de las personas privadas de la libertad. El Código Penitenciario y Carcelario -Ley 65 de 1993 modificada por la Ley 1709 de 2014- ordena y reconoce condiciones de vida dignas que permitan la satisfacción de necesidades básicas en el tratamiento penitenciario como forma de resocializar al interno. Así lo dispone el artículo 10 del mencionado Código, al definir que la finalidad del tratamiento penitenciario consiste en “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario” (Ley 65, 1993) (Subrayado fuera de texto).

El espíritu humano y solidario mencionado en el artículo 10 son las condiciones de paz mínimas que toda cárcel debe tener. Es la base normativa que brinda el ordenamiento jurídico para exigir al Estado satisfacer las necesidades humanas básicas insatisfechas de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, son varios los obstáculos que el Estado debe solucionar para brindar condiciones de vida digna que permitan una mejor resocialización a los internos. Se trata de la situación de hacinamiento y la afectación en la garantía de derechos humanos y el mínimo vital de subsistencia -la alimentación-.

La situación de hacinamiento en los centros penitenciarios es el obstáculo más preocupante. Al día 10 de diciembre de 2018, el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios es del 49,77%. Es decir, la capacidad de las cárceles es de 80.227 personas, mientras que la población intramural alcanza las 120.156 personas. La sobrepoblación es de 39.929 internos. Así lo demuestra el tablero de control estadístico intramural del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2018).

Esta situación de hacinamiento penitenciaria no proviene solo de las personas condenadas penalmente. El Ministerio de Justicia y del Derecho afirmó que en el año 2013, de las 119.378

personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, el 38% de la población, es decir 44.322 internos, están detenidos preventivamente (Corte Constitucional, 2013). El uso excesivo de la prisión preventiva como medida de aseguramiento y la situación de hacinamiento carcelario están relacionados directamente, es decir, si aumenta el número de privados de la libertad como medida de aseguramiento aumenta el hacinamiento.

La Defensoría del Pueblo manifestó que la situación de hacinamiento produce la ineficacia del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario² consiste en un conjunto de actividades educativas, instructivas, laborales, recreativas, deportivas, de actividad cultural y de relaciones de familia, cuya misión fundamental es poner a disposición de los condenados algunas soluciones a las deficiencias personales y ambientales que hayan motivado su capacidad criminal o inadaptabilidad social (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003).

La ineficacia del tratamiento penitenciario surge cuando los establecimientos carcelarios no dan soluciones a las deficiencias personales o sociales que hayan generado la capacidad criminal o la carencia de adaptación social de las personas privadas de la libertad. El tratamiento penitenciario falla en la construcción de un proyecto de vida diferente al delito para los internos. Una de las causas del alto índice de reincidencia es la ineficacia del tratamiento penitenciario.

Este obstáculo también impide garantizar el cumplimiento de la reinserción social de la persona privada de la libertad tal como dispuso el artículo 4 del Código Penal³. Si el sistema penitenciario no ofrece a las personas reclusas opciones de cambio, los establecimientos carcelarios se convierten en oprobiosos depósitos de personas y la detención en un degradante encerramiento que envilece la potestad punitiva del Estado (Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia, 2003).

Por ejemplo, debido a la sobrepoblación intramural, los materiales de cada interno para las actividades laborales no son proporcionados por el establecimiento carcelario. Los internos deben ingresar los materiales con las visitas de sus familiares o comprándolos en el expendio del penal. De ahí que la participación en los programas laborales de redención de pena quede condicionada a que el interno cuente con recursos para financiar el proceso productivo. Esto conlleva a que el interno no cumpla los programas de tratamiento, por lo que muchos de ellos se ven obligados a pagar a los guardianes el cómputo de horas de las actividades de redención.

Otro ejemplo de la ineficacia de la reinserción social se refleja en la asignación de internos a los patios. En especial, la asignación de internos con problemas psiquiátricos a cualquier patio, incluso a aquellos donde se encuentran internos sin problemas de salud mental. Esta situación dificulta la convivencia y, por consiguiente, la cultura de paz, pues si el enfermo psiquiátrico no recibe la medicación a tiempo, se empieza a desesperar y a emprender violencia contra cualquier otro interno. El ser humano necesita satisfacer la necesidad de relacionarse con otros⁴, pero la asignación de personas psiquiátricas a patios no especializados dificulta esta satisfacción.

² Es considerado como un mecanismo de las autoridades penitenciarias para dar cumplimiento a los fines de la pena. Este tratamiento está orientado a la preparación para la vida en libertad y se compone de actividades de diversa índole. Estas sirven para mantener ocupado el tiempo libre, evitando que las cárceles sean escuelas del crimen, y para crear expectativas diferentes al delito preparando para una vida en libertad en la que se sepa hacer algo o se esté mejor preparado para hacer algo diferente del delito. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014, pág. 19)

³ Artículo 4° *Funciones de la pena*. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

⁴ Hace referencia a la necesidad de comunidad, compañerismo, amistad, solidaridad. Necesidad de bienestar, felicidad, alegría.

Se estableció en el trabajo de grado que “esta situación de hacinamiento afecta la cultura de paz penitenciaria, porque no satisface la necesidad que tiene el interno de relacionarse consigo mismo⁵, con los demás y satisfacer la necesidad del trabajo⁶” (Gallardo, 2018) . Por lo tanto, debido al hacinamiento, los internos pierden el tiempo, tienen un excesivo tiempo de ocio y la mayoría de ellos manifiestan desinterés y despreocupación por su vida, ya que mirando por las ventanas de los edificios, acostados en sus celdas o bajo el efecto de las drogas, realidad que se aleja de los fines del tratamiento penitenciario.

El siguiente obstáculo es la afectación en la garantía de derechos humanos y el mínimo vital de subsistencia -la alimentación-. Los alimentos son suministrados a la población privada de la libertad por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec). Según el Decreto 4150 de 2011, esta entidad se encarga, entre otras funciones, de “gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de los servicios, la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios...”. No obstante, en la mayoría de los casos, las raciones de alimentos son insuficientes, pero ¿qué es una ración insuficiente?

La sentencia T-762 de 2015, con Magistrada Sustanciadora Stella Ortiz Delgado, establece los criterios de alimentación digna para las personas privadas de la libertad. La Corte Constitucional fundamenta su sentencia en estándares de Estados Unidos, los cuales se desarrollaron conforme a Ingestas Dietéticas de Referencia (DRI) de la Junta de Alimentos y Nutrición del Instituto de Medicina de las Academias Nacionales, la Guía de Alimentación Diaria de California de 2008 y las Guías Alimentarias 2010 para los estadounidenses. Así las cosas, la sentencia plantea que:

No obstante las diferencias culturales al respecto conviene destacar de dicho esfuerzo el establecimiento de la variedad de comida como un aspecto importante, determinando la inclusión de proteínas (carne de res, ternera, cordero, cerdo, pollo, pescado, huevos, frijoles cocidos, arvejas, lentejas, nueces, mantequilla de maní y la proteína vegetal texturizada) en 14gr en cada una de las tres porciones diarias que se ofrecerán, para un total de 42gr diarios. En materia de proteínas se establece la obligación de suministrar una adición de una porción de legumbres durante 3 días a la semana. Otro grupo de alimentos que se destaca son los lácteos (leche, queso, yogur) cuyo suministro debe llegar a ofrecer al menos 250 mg. de calcio en una porción, siendo 3 las veces que se suministre. Serán 4 las porciones suministradas a mujeres embarazadas y lactantes. Frente a las verduras y frutas, determina que la porción equivale a media taza o 6 onzas de jugo, debiéndose brindar un total de 5 porciones diarias, entre las que al menos una debe proporcionar vitamina C. En materia de granos (pan, tortas, cereales, pasta, arroz, tortillas) éstos se ofrecerán en 6 porciones diarias. (Corte Constitucional, 2015, pág. 186).

La inobservancia de aquellos criterios de alimentación en las cárceles genera hambre en las personas privadas de la libertad. Esta situación de hambruna supone necesariamente sufrimiento y ostensible daño a la integridad personal -física y mental- de quien la padece (Corte Constitucional, 1999, pág. 17). Este desconocimiento del mínimo vital constituye “un trato cruel e inhumano, proscrito por nuestro ordenamiento (artículo 12⁷ C.P.). También implica una pena

⁵ Hace referencia a necesidad de protagonismo, de realizar el yo potencial. Necesidad de dar a la vida un significado, sentido o finalidad.

⁶ Hace referencia al Derecho al trabajo: necesidad de creatividad, puestos de trabajo, autoexpresión en el trabajo.

⁷ Artículo 12: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

adicional no contemplada en la ley por el menosprecio a la dignidad humana y a los derechos inalienables reconocidos por la Constitución (arts. 1⁸ y 5⁹ C.P.).” (Gallardo, 2018, pág. 67).

Por ejemplo, en el trabajo de campo realizado en la cárcel La Picota se evidenció que la ensalada que sirven a la hora del almuerzo estaba contenida en un balde grande y sucio, lista para ser repartida. Los internos se ven obligados a comer la ensalada, y en general, alimentos en condiciones higiénicas deplorables para calmar el hambre. Por esta razón, los internos entrevistados manifiestan la necesidad de pagar a los guardianes del INPEC para recibir comida del “casino”, lugar donde se encuentra las habitaciones, restaurantes y televisores del personal del INPEC, donde los alimentos servidos son más nutritivos y de mejor calidad.

El incumplimiento de brindar a los internos una alimentación suficiente, adecuada y de calidad por parte del Estado produce insatisfacción de las necesidades básicas como las fisiológicas¹⁰, lo que se traduce en un obstáculo para la cultura de paz penitenciaria.

En conclusión, la situación de hacinamiento y la afectación en la garantía de derechos humanos y el mínimo vital de subsistencia - la alimentación - obstaculiza la satisfacción de las necesidades básicas según lo manifestado en la teoría de Johan Galtung. La situación de hacinamiento no contribuye a la cultura de paz, toda vez que no se logra el cumplimiento de sus objetivos: la prevención del conflicto y la solución pacífica de conflictos. El primer objetivo no se logra porque la enseñanza y la escolaridad, bases fundamentales para la prevención de conflictos, no se brindan a cabalidad, ya que los programas de redención no tienen, entre muchos otros elementos, cupos disponibles para tantos internos.

En consecuencia, los internos no aprenden mejores pautas de comportamiento e instrumentos de conducta que se supone deben aprender en los programas de redención de penas, y esta vulneración de sus derechos genera descomposición individual y social. Estos individuos descompuestos son los que quizá no se adaptan a las normas sociales y penitenciarias de convivencia. De ahí que no se logre el segundo objetivo, este es, la solución pacífica de conflictos. Esto se debe a que los internos no han aprendido otras formas de solucionar conflictos y siguen comportándose de la manera violenta o “descompuesta” que los llevó a la privación de la libertad. El esfuerzo por la “resocialización” y la incorporación del interno a la vida en sociedad se traduce en beneficios para la comunidad (Corte Constitucional, 2013, pág. 128) Si se abandona tal enfoque resocializador de la pena, el sistema penitenciario y carcelario se convierte en un sistema multiplicador de conflictos¹¹.

⁸ Artículo 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁹ Artículo: El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

¹⁰ Hace referencia a la necesidad de nutrición, alimentos, aire, sueño, agua, excreción.

¹¹ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 308 y 309. “La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas o se les imponga un trabajo inútil, para el cual no encontrarán empleo, es de todos modos no **‘pensar en el hombre en sociedad**; es crear una existencia contra natura inútil y peligrosa; (...) La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder. (...) El sentimiento de la injusticia que un preso experimenta es una de las causas que más pueden tornar indomable su carácter cuando se ve así expuesto a sufrimientos que la ley no ha ordenado ni aún previsto, cae en un estado habitual de cólera contra todo lo que lo rodea; no ve sino verdugos en todos los agentes de la autoridad; no cree ya haber sido culpable: acusa a la propia justicia”.

ESTRATEGIAS PARA LA CULTURA DE PAZ Y RECOMENDACIONES PARA SU EFECTIVIDAD

A continuación, se establecen recomendaciones comprometidas con mejorar las problemáticas que representan los obstáculos para la cultura de paz. Con respecto al hacinamiento se propone:

1. SE DEBE MINIMIZAR LA INTERVENCIÓN PUNITIVA.

La política criminal en Colombia no es coherente y obedece a incrementos punitivos para solucionar el aumento de la delincuencia y los conflictos sociales. Es necesario pensar en una justicia restaurativa que no esté centrada en la represión y la privación de la libertad como principal método de justicia penal (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014). De ahí que promover modelos de justicia restaurativa como primera opción de intervención estatal ayudaría a aliviar el hacinamiento carcelario.

2. LA INFRAESTRUCTURA CARCELARIA DEBE DE DESARROLLARSE EN FUNCIÓN DE LA REHABILITACIÓN.

(Banco Interamericano de Desarrollo, 2017). Dignificar el espacio carcelario resulta necesario, por esto se pretende asemejar este a un campus universitario. Se debe tener una infraestructura que cumpla con la normatividad internacional de derechos humanos y que cuenten con modernos estándares de capacitación para las personas privadas de libertad.

Se recomienda mejoras en la dotación y el fortalecimiento de los equipos de tratamiento penitenciario para ampliar la oferta en actividades agrícolas, pecuarias y de industria. El déficit de estas actividades se evidencia en que “el INPEC cuenta con 520 actividades productivas de tipo comercial, industrial y agropecuaria (...) actualmente, 1.927 internos están vinculados a actividades de trabajo relacionadas con estos proyectos, lo que corresponde a 1,6% de la población penitenciaria total, distribuidos en los distintos sectores productivos” (Departamento Nacional de Planeación, 2015, pág. 46).

3. MEJORAR LA GESTIÓN PENITENCIARIA.

En muchas cárceles los guardias han vivido y trabajado en condiciones similares a las de los reclusos. Es decir, la mayoría de funcionarios de custodia y vigilancia provienen de los mismos barrios de escasos recursos de los reclusos. Se debe dignificar el trabajo de los guardias al entrenarlos para que puedan contribuir a la rehabilitación de los reclusos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017). Lo ideal sería entrenar al personal de la cárcel para que pueda aportar a la cultura de paz penitenciaria.

4. CREAR CERTIFICADOS DE DISPONIBILIDAD PENITENCIARIA.

Los certificados de disponibilidad penitenciaria están orientados a los jueces para verificar la existencia de disponibilidad de un establecimiento penitenciario (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014). Esta regla penitenciaria no implicaría dejar en libertad al recluso, sino que el gobierno gestione los recursos necesarios para que la persona pueda ser privada de la libertad en condiciones dignas.

5. MEJORAR LA ATENCIÓN JURÍDICA DE LA POBLACIÓN PRIVADAS DE LA LIBERTAD.

La realización de audiencias en los establecimientos de reclusión y el fortalecimiento de las audiencias virtuales, ayudaría a agilizar los procesos, así como evitaría desgaste administrativo con el traslado de los internos, lo que pone en peligro las vidas de los guardianes y de los civiles.

6. OFRECER APOYO DE LAS FACULTADES DE DERECHO DE LAS UNIVERSIDADES A LAS OFICINAS JURÍDICAS DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN.

Este apoyo se daría a través de los consultorios jurídicos y las judicaturas para la descongestión de las solicitudes de los internos. También este recurso humano apoyaría la gestión en los despachos de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014).

De igual manera, con respecto a la protección y promoción a la dignidad humana y al mínimo vital de subsistencia se propone:

1. ATENCIÓN DIRECTA DE LOS MÉDICOS A LOS INTERNOS.

Consiste en que los médicos contratados para prestar sus servicios al interior de las cárceles circulen periódicamente y a determinada hora por los patios de la cárcel en busca de las personas que requieren atención. Eliminar la intermediación que realiza la guardia entre los médicos y los pacientes es un cambio elemental que mejoraría el acceso a la salud de muchas de las personas privadas de la libertad.

2. FORTALECER LOS PROGRAMAS SICOSOCIALES.

Es necesario impulsar en los establecimientos carcelarios programas de promoción de convivencia y prevención de enfermedades mentales ideados por el área psicosocial. Estos pueden enfocarse en desarrollar la tolerancia, la solidaridad y reconocer las diferencias. También, en formar y desarrollar experiencias mediadoras que sensibilicen y evidencien la importancia de convivir en forma armónica en un escenario multicultural, diverso, agreste y con limitaciones. Se enfatiza en la promoción y prevención de traumas psicológicos y enfermedades psiquiátricas causadas por la ansiedad y depresión.

3. IMPLEMENTAR EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA CALIDAD.

Es menester que el Ministerio de Justicia y del Derecho someta a las cárceles a normas de sistemas de gestión de la calidad reconocidas de forma internacional, como el ISO 9001, para mejorar el sistema de prestación de servicios de salud. Estos criterios de efectividad ayudarían a mejorar la satisfacción de los internos en la prestación del servicio, hacer un uso eficaz de los recursos, reducir costos y mejorarla distribución, entre otras.

4. PROMOVER INSPECCIONES PERIÓDICAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA

El INVIMA¹² es una institución del Estado, adscrita al Ministerio de Salud, encargada de vigilar y promover la salud en toda la población mediante la gestión del riesgo asociada al consumo y uso de alimentos y medicamentos. La intervención del INVIMA asegura el cumplimiento de las medias sanitarias que requiere la alimentación y los medicamentos al interior de los penales.

De igual manera, el INVIMA permite asegurar la atención integral al ciudadano mediante las denuncias de particulares. En este caso, el interno, como ser humano con derechos inalienables, está en la posibilidad de controlar la calidad y las condiciones sanitarias de la alimentación a la que tienen derecho mediante la presentación de denuncias ante el INVIMA. El INPEC debe permitir el goce de estos derechos inherentes a los reclusos.

¹² Para más información consultar la página web de la entidad en: <https://www.invima.gov.co>

REFERENCIAS:

- Banco Interamericano de Desarrollo. (14 de junio de 2017). *Crisis en las cárceles: 5 principios para reformar los sistemas penitenciarios*. Recuperado el 12 de septiembre de 2017, de <https://blogs.iadb.org/sinmiedos/2017/06/14/crisis-las-carceles-cinco-lecciones-los-delincuentes-escojan-pinceles-no-pistolas/>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2015). *Documento CONPES 3828 - Política penitenciaria y Carcelaria en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta nacional.
- Corte Constitucional, Sentencia T-718 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo 28 de Septiembre de 1999).
- Corte Constitucional, Sentencia T-388 (M.P. María Victoria Calle Correa 28 de Junio de 2013).
- Corte Constitucional, Sentencia T-762 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 16 de Diciembre de 2015).
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2003). *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Documento CONPES 3828 - Política penitenciaria y Carcelaria en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta nacional.
- FAO; FIDA; OMS; PMA; UNICEF;. (2017). *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2017*. Roma: FAO.
- Fisas, V. (1987). *Introducción al estudio de la paz y de los conflictos*. Barcelona, España: Lerna S.A.
- Gallardo, H. F. (26 de noviembre de 2018). **OBSTÁCULOS PARA UNA CULTURA DE PAZ PENITENCIARIA. CASO: LA PICOTA**. Bogotá, Colombia.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (10 de diciembre de 2018). *INPEC*. Recuperado el 10 de diciembre de 2018, de <http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas-/tableros-estadisticos>
- Ley 65. (19 de agosto de 1993). *Código Penitenciario y Carcelario*. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2014). *Lineamientos para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia*. Bogotá D.C.
- UNESCO. (1981). La violencia y sus causas. *Colección Actual*, 294.

APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CORRUPCIÓN DESPOJADORA

ALEJANDRO SANABRIA RODELO¹

RESUMEN:

El despojo de tierras en Colombia se desarrolló bajo factores particulares que hicieron que muchas de las graves violaciones a los derechos humanos fuesen invisibilizadas. El interés rentista del desplazamiento, los planes macrocriminales para despojar, y la participación de actores no armados -especialmente de servidores públicos- aportaron a dotar de impunidad los grandes despojos de tierras en el país. Ante estas problemáticas circunstancias, el reproche por los actos corruptos y despojadores no ha sido suficiente para hacerle frente a sus complejidades: por un lado, la responsabilidad se ha centrado en condenar a los agentes individuales, dejando de lado el reproche que se le debe hacer al Estado como institución y, por otro lado, el acto corrupto que fue muchas veces indispensable para perpetrar el despojo se ha quedado en la impunidad. Por lo anterior, se hace necesario identificar los fundamentos legales, axiológicos y doctrinarios, por cuales, el Estado debe responder por las conductas corruptas y despojadoras de sus agentes, para así contribuir a la construcción de la responsabilidad del Estado.

Palabras clave: Corrupción, despojo, desplazamiento forzado, responsabilidad estatal.

¹ Estudiante investigador del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: sanabria.rodello@gmail.com

1- INTRODUCCIÓN

El conflicto armado en Colombia es una mezcla vaga de vicisitudes y complejidades de las que no se puede destacar un único origen. La contraposición de poderes hegemónicos trajo consigo luchas, tanto políticas como económicas, y éstas a su vez hicieron que la narrativa de la historia del país y especialmente de la guerra fueran un relato parcializado de conquistas y reconquistas, de olvido y memoria selectiva pero, sobre todo, un relato de impunidad.

En la violenta y oscura historia del conflicto armado colombiano, el desplazamiento forzado resalta como una de las consecuencias más devastadoras de la guerra. Siendo el hecho victimizante con más afectados, se han desplazado a la fecha, aproximadamente 7.159.144 personas de sus territorios. Del mismo modo, es posible reconocer al despojo como una condición constante y casi permanente en el desplazamiento forzado, que con un total de 6,6 millones de hectáreas de tierras usurpadas en el marco del conflicto armado², se puede concluir, que hay una estrecha relación entre el interés por la tierra de los actores armados y la violación continua a los derechos humanos de las víctimas (Unidad de víctimas, 2018).

En el marco del conflicto armado, los grupos armados al margen de la ley han sido los responsables más visibles y constantes en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, a raíz de los procesos originados en el marco de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz) y de los procesos de restitución de tierras de la ley 1448 de 2011, se logró identificar algunas particularidades sobre la pluralidad de responsables que participaron en la ocurrencia de estas graves violaciones a los derechos humanos. En estos procesos se logró evidenciar que en el despojo de tierras no solo fueron partícipes miembros de grupos armados ilegales, organizados y alzados en armas sino además comerciantes, empresarios y servidores públicos en diferentes niveles de la administración.

En lo referente a los servidores públicos, la Corte Constitucional (2016) ha señalado que dentro de la gran variedad de modalidades mediante las cuales se produjo el despojo de tierras en Colombia, una gran parte de estas estuvo vinculada a actos estatales (Corte Constitucional, 2016). Estos iban desde la adjudicación irregular de baldíos por parte de las organizaciones de reforma agraria como el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA³) y el Instituto Colombiano de Reforma Rural (INCODER⁴), hasta la compra y venta forzada con participación

² Cifra tomada del registro único de víctimas a diciembre de 2017. El Registro Único de Víctimas (RUV) es un registro estadístico oficial creado por la ley 1448 de 2011 (Ley nacional de víctimas) el cual expone las cifras de una base de datos de víctimas del conflicto armado en Colombia desde el año de 1985.

³ En el año de 1961 el gobierno nacional expidió la Ley 135 con la que se creó el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA). Esta institución fue la responsable de agenciar y desarrollar el programa de reforma agraria a partir de funciones como adquisición y redistribución de tierras, asignación de créditos para la producción, asistencia técnica para el sector agrario, adecuación de tierras, construcción de obras de infraestructura y protección del medio ambiente.

⁴ Mediante el Decreto 1292 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se suprimió y se liquidó el INCORA, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural y el

de notarios y registradores que otorgaban apariencia de legalidad a actos jurídicos ilícitos que consolidaban el despojo. Esto nos permite reconocer que estos hechos violentos no fueron solo consecuencias de la guerra, sino que además fueron casos sistemáticos de corrupción.

Hasta el momento, no hay muestra de procesos judiciales que busquen examinar la responsabilidad del Estado como institución por los casos de corrupción que llevaron al despojo de tierras -en adelante corrupción despojadora. Por lo tanto, la relación entre las conductas corruptas y despojadoras de los servidores públicos y la responsabilidad del Estado por el actuar de estos no ha sido reconocida, dejando de lado el reproche sobre los actos corruptos, e invisibilizando algunas de las complejas modalidades por las cuales fue el posible el despojo en Colombia.

Con base en el problema expuesto, partiré de la hipótesis en la cual el Estado debe responder por las conductas corruptas y despojadoras de sus agentes en el marco de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya que es el mecanismo de responsabilidad idóneo para configurar el reproche al Estado en su conjunto. Para comprobar esta hipótesis se hace necesario reconocer los fundamentos que establezcan las razones por los cuales el Estado debería responder en un proceso de responsabilidad extracontractual por corrupción despojadora.

Por lo tanto, la investigación tiene como objetivo contribuir a la fundamentación de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora. Para esto, en primer lugar, enunciaré los fundamentos de la responsabilidad planteados en las entrevistas realizadas en el desarrollo del trabajo de campo, y en segundo lugar, identificaré los elementos contenidos en estos fundamentos, para contribuir a la construcción de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora.

La presente, es una investigación socio jurídica, que mediante el método cualitativo toma diferentes categorías de análisis encontradas en fuentes primarias y secundarias. Por lo tanto, en lo referente a las fuentes primarias, se analizaron las categorías obtenidas a través de la realización de nueve entrevistas semi-estructuradas realizadas a: observadores privilegiados, expertos académicos, investigadores, profesionales, defensores de derechos humanos y agentes del estado; a los que se les indagó sobre temas relacionados con el despojo de tierras, la responsabilidad del Estado y la corrupción de los servidores públicos. Frente a las fuentes secundarias, se analizaron algunos conceptos encontrados: bibliografía relacionada con el desplazamiento forzado, el despojo y corrupción; casos judiciales destacados del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, e informes oficiales de instituciones como el Centro Nacional de Memoria Histórica.

Para cumplir con los objetivos planteados anteriormente, tomaré la clasificación de fundamentos epistemológicos desarrollada por Ferrajoli (1997) en su libro “Derecho y Razón” para enunciar las razones por las cuales el Estado debe responder por casos de corrupción

Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura y se creara el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), el cual entró a cumplir los objetivos de las entidades liquidadas.

despojadora (Ferrajoli, 1997). En este sentido, el siguiente artículo estará dividido en tres capítulos, cada uno de ellos relacionado con un fundamento epistemológico de la clasificación desarrollada por Ferrajoli. Por tanto, en el primer capítulo enunciaré y analizaré los fundamentos teóricos y doctrinarios, en el segundo capítulo enunciaré y analizaré los fundamentos legales y positivos, y en el último capítulo enunciaré y analizaré los fundamentos éticos y axiológicos.

1- FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS: LA TEORÍA DE LA FALLA EN EL SERVICIO Y LA TEORÍA DE LA RECONFIGURACIÓN COOPTADA

Los fundamentos teóricos y doctrinarios tienen fines explicativos y están relacionados con el contenido y el alcance objetivo de los conceptos. Estos fundamentos buscan identificar la evolución conceptual del conocimiento y explican por qué determinados supuestos de hecho deberían ser regulados por el ordenamiento jurídico. (Ferrajoli, 1997)

En el desarrollo de la presente investigación se pudieron identificar algunos fundamentos doctrinarios en medio de la indagación de las fuentes secundarias y en las referencias que hicieron los entrevistados en el trabajo de campo. Con base en estas fuentes se logró reconocer dos teorías que apoyan la fundamentación de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora: en primer lugar, la teoría de la falla del servicio, que se encuentra en la órbita del derecho administrativo, y de la responsabilidad extracontractual del Estado y, en segundo lugar, la teoría de la reconfiguración cooptada, que hace referencia a casos de corrupción en altos niveles de la administración pública.

La teoría de la falla del servicio ha sido tradicionalmente concebida como una responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones legales, que están en cabeza de los agentes del Estado, y que generan un daño antijurídico. Por lo cual ha sido definida como: “el incumplimiento a una obligación preexistente” o “una violación a una obligación administrativa”. (Morand, 2010, pág. 836) (Dupeiroux, 1922, pág. 217)

La falla de la administración nace dentro del régimen subjetivo de responsabilidad estatal y tiene como principal elemento el análisis de la conducta culpable del Estado (Perdomo, 2016). En la responsabilidad extracontractual del Estado la culpa generadora de daño antijurídico puede manifestarse en falla funcional, orgánica o anónima, es decir, atribuible a la administración y no necesariamente a un agente estatal en particular. (Rodríguez, 2002) Por tanto, para el Consejo de Estado la teoría de la falla en el servicio “constituye en el sistema jurídico colombiano, el título de imputación por excelencia, con miras a desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado” (Consejo Estado, 2017).

[(...) desde cualquier teoría de la responsabilidad del daño antijurídico, está involucrado el Estado, llámelo falla del servicio, (...), no me cabe la menor duda que al Estado hay que reprocharle su conducta omisiva o su conducta omisiva por comisión y debe ser

condenado patrimonialmente⁵” Entrevista realizada a un abogado especialista en restitución de tierras.

La teoría de la falla de la administración es útil para fundamentar la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora, principalmente por dos razones. Por un lado, porque hace un reproche a los daños antijurídicos ocasionados por el Estado visto como institución, y por otro, porque da sustento jurídico a la responsabilidad del Estado por los actos que cometieren sus servidores públicos.

Otra teoría que contribuye a fundamentar la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora es la teoría de la captura del Estado. Esta se ha entendido como la participación ilícita de sujetos del sector privado en la creación, y consolidación de normas de todo tipo (leyes, decretos, actos administrativos, celebración de contratos públicos, etc.), con el motivo de obtener beneficios y privilegios (Hellmann & Kauffmann, 2001). Por tanto, esta teoría busca explicar cómo la corrupción se apropia de algunas entidades del Estado, de tal manera que no es posible entender los actos corruptos como hechos aislados de agentes estatales determinados, sino como parte de contextos de corrupción generalizada (Castañeda, 2012).

Con base en esta teoría, en los casos de captura corrupta de las entidades públicas no sería suficiente el reproche individual de agentes del Estado por las conductas ilícitas que realicen. El reproche debe ser dirigido, también, al Estado como unidad estructurada, puesto que la cooptación de las entidades del Estado reconfigura los fines de la función pública, creando contextos de corrupción institucionalizada.

Considerando que el despojo y el desplazamiento forzado fueron muchas veces producto de pactos criminales con una clara finalidad rentista, es posible afirmar que el despojo en Colombia tiene muchos elementos que están contemplados en la captura corrupta del Estado. En este sentido, doctrinarios como Garay, Salcedo-Albarán, De León y Guerrero (2008) muestran cómo algunas acciones de grupos paramilitares, estrechamente relacionadas con corrupción, forman parte de una estrategia de legalización y legitimación económica, política y social de crímenes como el despojo de tierras (Garay, Salcedo-Albarán, De León, & Guerrero, 2008).

[Uno puede explicar las relaciones del despojo y las violaciones a derechos humanos como una relación que conlleva a la cooptación del Estado, como una relación de corrupción sistémica en la que está implicada diversidad de agentes, en diversidad de niveles⁶]. Entrevista realizada a un académico y consultor experto en desplazamiento forzado.

⁵ Entrevista realizada el 28 de mayo de 2018 a un Abogado y especialista en restitución de tierras. (Abogado especialista en restitución de tierras, 2018)

⁶ Entrevista realizada el 9 de mayo de 2018 a un académico y consultor experto en desplazamiento forzado. (Académico experto en desplazamiento forzado, 2018)

2- FUNDAMENTOS LEGALES-POSITIVOS: LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la igualdad se encuentra presente en las tres fases de criminalización: la fase legislativa, la fase judicial y la fase penitenciaria. La fase legislativa o criminalización primaria se encarga de la promulgación de leyes a nivel nacional, y será el Congreso quien tiene la potestad de determinar las condiciones en que una persona deba cumplir su pena privativa de la libertad. La fase judicial o criminalización secundaria es la responsable de estudiar el caso concreto, determinando cual será la sanción por la conducta ilícita del sujeto activo. Por último, la fase penitenciaria o criminalización terciaria se encarga de la ejecución de las sanciones penales y de las medidas restaurativas en el caso a tratar (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Los fundamentos legales-positivos se encuentran dentro del ordenamiento jurídico y tienen una finalidad descriptiva y de reconocimiento jurídico. Estos fundamentos están relacionados con los derechos y deberes que imponen los tratados internacionales, la Constitución y la ley (Ferrajoli, 2002-2003).

En el transcurso de la presente investigación se identificaron diferentes fundamentos normativos que aportan a construir la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora. En este sentido, algunos entrevistados en el desarrollo del trabajo de campo hicieron referencia a las obligaciones del Estado contenidas en el artículo 1, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷: las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)⁸

[El Estado tiene agentes con la obligación de respeto y garantía, si no es por la una es por la otra, (...) y es que, un funcionario público ha sido revestido de tantas facultades, de tanto poder de la ley, que sí que menos se puede exonerar de ignorancia de la ley, como para decir que no sabía que había materializado hechos de despojo (...).⁹]. Entrevista realizada a una Abogada defensora de Derechos Humanos y ex funcionaria del INCODER.

En primer lugar, la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos está relacionada con los límites jurídicos que tienen los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación consiste en cumplir las normas jurídicas, absteniéndose de actuar en contra de

⁷ Obligatoria para el Estado en virtud del artículo y establece que: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969) (Art. 1)

⁸ En este mismo sentido se encuentran las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 164; Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú, párr. 72; Baena Ricardo y otros vs Panamá, párr. 178 y la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 76.

⁹ Entrevista realizada el 8 de junio de 2018 a una Abogada defensora de Derechos Humanos y Exfuncionaria del INCODER. (Abogada defensora de derechos humanos, 2018)

los derechos de los asociados establecidos en la ley (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988. Parr: 65). De tal forma, los agentes infringen la obligación de respeto cuando mediante el incumplimiento de sus funciones, violan derechos humanos. Por lo mismo, es posible afirmar que las conductas que violan derechos humanos de forma directa, tales como las conductas corruptas y despojadoras, incumplen la obligación de respetar los derechos humanos (Comité de los Derechos Humanos, 2004).

La obligación del Estado de respetar los derechos humanos da sustento normativo a la construcción de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora. Esta obligación está relacionada con los deberes legales que son violados en las diferentes modalidades de despojo, relacionadas con actos de corrupción. Por lo tanto, es posible afirmar que el Estado deberá ser declarado responsable, siempre que mediante un acto corrupto relacionado con el despojo de tierras, se hayan irrespetado los derechos humanos de los ciudadanos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de garantizar los derechos humanos implica efectuar las acciones necesarias para remover los impedimentos que tengan los ciudadanos para gozar libremente sus derechos (Corte Interamericana de Derechos, 1990). Por lo tanto, esta obligación implica estructurar todo el aparato gubernamental, y todas las entidades públicas para dirigir el poder público hacia el fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988. párr. 166).

[El comprender las redes complejas de poder como redes de interacción que concentran poder y capturan zonas donde hay profunda desprotección del Estado el reproche estructural del Estado tiene que ver; por un lado el Estado es garante de los derechos humanos y fue omisivo en su protección de la población para evitar que fuera victimizada, entonces hay responsabilidad de un ente de cara a su posición de garante]¹⁰. Entrevista realizada a un académico y consultor experto en desplazamiento forzado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que de la obligación general de garantía, se derivan una serie de obligaciones específicas o formas de cumplimiento que están en cabeza del Estado. Estas son, entre otras, la obligación de prevenir graves violaciones de derechos, la obligación de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos y la obligación de reparar integralmente a las víctimas (Corte Interamericana Derechos Humanos, 2006. párr. 123). Estas obligaciones imponen deberes positivos al Estado, y su incumplimiento puede constituir, en algunos casos, conductas corruptas y despojadoras.

La obligación de garantizar los derechos humanos justifica la necesidad de construir la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora. Como se identificó en la presente investigación, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla un instrumento efectivo que reproche las conductas corruptas y despojadoras del Estado. En este sentido, la existencia de un

¹⁰ Entrevista realizada el 9 de mayo de 2018 a un académico y consultor experto en desplazamiento forzado. (Académico experto en desplazamiento forzado, 2018)

proceso de responsabilidad estatal por corrupción despojadora puede contribuir al reconocimiento de la pluralidad de sujetos despojadores, aportando al componente de verdad y garantizando que todos los responsables, incluido el Estado, sean titulares de las obligaciones desprendidas de los componentes de la reparación integral, aportando elementos restaurativos a la reparación de las víctimas.

Además de la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana ha destacado la obligación del Estado de crear garantías de no repetición. Frente a esta obligación, la Corte ha reconocido todo tipo de medidas encaminadas a que no se repitan los actos atroces, entre las que se encuentran: la exigencia de adecuación de la legislación interna¹¹ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005); la derogación de normas vigentes contrarias a la Convención¹² (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006); la promoción de mecanismos de prevención, vigilancia y solución de conflictos sociales¹³ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), entre otras.

Esta obligación tiene gran importancia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, puesto que la mayoría de casos que revisa la Corte, están vinculados a situaciones estructurales de violaciones de derechos humanos. De tal manera, la obligación de crear garantías de no repetición impone al Estado la necesidad de crear instrumentos y coordinar a distintas autoridades y entidades estatales con el fin de evitar que las violaciones a los derechos humanos se perpetúen.

De igual modo, esta obligación es importante para la presente investigación, en la medida que destaca la importancia de reconocer los factores que conjugaron en las diferentes modalidades de despojo, relacionadas con actos de corrupción. Este reconocimiento contribuye a identificar los contextos, factores e instituciones que se conjugaron para que se generara el despojo.

3- FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS O ÉTICO-POLÍTICOS

Los fundamentos axiológicos o ético-políticos atañen a la protección de los valores¹⁴ en los cuales se funda el conglomerado social. Estos fundamentos dan sustento al deber ser del derecho y a la necesidad de la protección de los derechos naturales de las personas dentro de la comunidad. (Ferrajoli, 1997)

Los fundamentos axiológicos tienen especial importancia en la construcción de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora, ya que reconocen las razones éticas y políticas, por las cuales la corrupción despojadora deber ser reprochada en todas sus

¹¹Esta medida fue tomada por la CorteIDH en las sentencias: Caesar vs Trinidad y Tobago, párr. 132; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay párr. 225; Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, párr. 130; entre otras.

¹² Esta medida fue tomada por la CorteIDH en los casos: Caesa vs Trinidad y Tobago, párr. 132; Caso Palamara Iribarne vs Chile párr. 254; Caso Almonacid Arellano vs Perú, párrs. 145-147

¹³ Esta medida fue tomado por la CorteIDH en los casos: Gutiérrez Soler vs Colombia, párr. 106; Ximenes Lopes vs Brasil, párr. 205; Claude Reyes vs Chile párrs. 164-165, entre otros.

¹⁴ Para la presente investigación entenderemos valores como: la proyección axiológica de la sociedad, a partir de la cual, se deriva el sentido y la finalidad de las normas del ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional, 2001)

modalidades. Por tal razón, en el presente apartado, analizaré algunos fundamentos axiológicos, identificados en el desarrollo de la presente investigación y que tienen especial relevancia para la construcción de la responsabilidad del Estado por corrupción despojadora.

En el desarrollo de la presente investigación y más concretamente en el trabajo de campo, la mayoría de los entrevistados dieron apreciaciones contundentes sobre los valores que se violan por las conductas despojadoras. En este sentido, los entrevistados destacaron: la dignidad humana, la confianza legítima, la buena fe y la moralidad administrativa como algunos de los valores más vulnerados en las conductas despojadoras.

Frente a la dignidad humana, la Corte Constitucional (2016) ha señalado que “es la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde a su condición humana” (Corte Constitucional, 2016). La corrupción despojadora muchas veces implica la alteración de la dignidad humana de las víctimas, ya que el despojo no solo se manifiesta en la usurpación de los derechos de propiedad, posesión o tenencia de las personas, sino que además obstaculiza el uso y goce de los bienes propios, de los espacios sociales y comunitarios, del hábitat, la cultura, la política, la economía y la naturaleza, o de bienes asociados con dimensiones sociales y simbólicas, que afectan tanto a individuos como comunidades (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009)

[Hay un golpe muy fuerte a la dignidad humana, tiene la gente que volver a recuperar la confianza en sí misma, en el Estado y en los demás, para poder volver a vivir como familia, poder recuperar su forma de vida y la de sus hijos o la de sus familias]¹⁵. Realizada a una trabajadora de la Corporación Consorcio para el Desarrollo Comunitario, ONG encargada de salvaguardar los derechos humanos.

Por otro lado, la confianza legítima ha sido entendida como un mandato inspirado en la buena fe, que consiste en el deber de la administración de no cambiar repentinamente las condiciones jurídicas que directa o indirectamente otorgaba a los ciudadanos (Corte Constitucional, 2009). De tal manera, la corrupción afecta directamente la confianza legítima, toda vez que un ciudadano que se haya sentido vulnerado por agentes del Estado, difícilmente volverá a confiar en la entidad pública a la que pertenece el funcionario corrupto. Un ejemplo de esto son los tipos de despojo efectuados mediante actos administrativos de adjudicación. En estos casos, los agentes del INCORA o INCODER, investidos de legalidad ayudaron a defraudar los derechos de los ciudadanos, que difícilmente volverán a creer en esas entidades.

[(...) y es que en muchas sociedades y territorios del país, todavía no se ve el despojo como un acto reprochable, sino que es algo bien normal. En Cesar por ejemplo, salieron unas víctimas, pero dicen, yo llegué y pague lo que había que pagar y a mí me habían adjudicado el INCODER, entonces soy legítimo (...), esto hace que mentalmente no haya comprensión de que mentalmente se diga que tengo esto, pero la gente está enterrada en

¹⁵ Entrevista realizada el 5 de junio de 2018 a una Trabajadora de la Corporación Consorcio para el Desarrollo Comunitario, ONG encargada de salvaguardar los Derechos Humanos. (Economista de la Corporación Consorcio Comunitario, 2018)

el patio de su casa].¹⁶ Entrevista realizada a una abogada defensora de derechos humanos y ex funcionaria del INCODER.

Por último, en lo que respecta a la moralidad administrativa, la Procuraduría General de la Nación (2015) ha señalado que es el valor que orienta el actuar de los servidores públicos de acuerdo con las consideraciones constitucionales, no solo al dar el debido manejo de los recursos públicos, sino en todos los actos propios del ejercicio de la función pública (Procuraduría General de la Nación, 2015). La corrupción en cualquiera de sus ámbitos afecta el debido ejercicio de la función pública, ya que la desvía de los fines constitucionales, y la desnaturaliza, beneficiando los intereses ilícitos de particulares.

*[Yo creería que el uso de una posición dominante de un funcionario público, que se traduce en la investidura que tiene, en la facultad que tiene. Por ejemplo, pensemos en un director del INCODER territorial, tiene estas funciones de policía, viene y da una orden de policía con todas estas facultades y poder, financiación del Estado, superioridad académica. Se ensaña contra campesinos, mujeres desplazadas, pobres que llegan a su oficina a decir que lo desplazaron y no hace nada y sabe que esto está pasando, sabían lo que pasaba].*¹⁷ Realizada a una abogada defensora de derechos humanos y ex funcionaria del INCODER.

Como se pudo observar en el desarrollo del presente apartado, el Estado debe responder por las conductas corruptas despojadoras de sus agentes, ya que estas conductas representan la defraudación de varios valores de primordial importancia en la sociedad. Así mismo, la corrupción despojadora genera responsabilidades políticas de las entidades públicas, y responsabilidades éticas de sus agentes, que contribuyen a reprochar la falla de los servidores públicos en un sentido axiológico y dan un sustento ético y político a la responsabilidad judicial del Estado.

CONCLUSIONES

La corrupción despojadora es uno de los hechos más complejos e invisibilizados en el conflicto armado colombiano, por lo tanto, se hace necesario contribuir a identificar los fundamentos que construyen la responsabilidad del Estado por estos hechos. Dados los fundamentos doctrinarios, legales y axiológicos identificados en el presente artículo, se comprueba que hay diversas razones de endilgar responsabilidad al Estado por la corrupción de los agentes que llevó al despojo de tierras.

En primer lugar, hay diferentes teorías en la doctrina que dan muestra de la carencia de un reproche efectivo al Estado por las conductas corruptas despojadoras de sus agentes. A su vez, teorías como la

¹⁶ Entrevista realizada el 8 de junio de 2018 a una Abogada defensora de Derechos Humanos y Exfuncionaria del INCODER. (Abogada defensora de derechos humanos, 2018)

¹⁷ Entrevista realizada el 8 de junio de 2018 a una Abogada defensora de Derechos Humanos y Exfuncionaria del INCODER. (Abogada defensora de derechos humanos, 2018)

falla en el servicio y la reconfiguración cooptada de las entidades estatales, reconocen que muchas veces las conductas corruptas se escapan de la esfera individual de los servidores públicos, y se trasladan a la actuar de la entidad pública como unidad, lo que debe tener como consecuencia que el reproche por los daños ocasionados a partir de estas conductas sean también para el Estado y no solo para los agentes estatales vistos individualmente.

En segundo lugar, tanto las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, como la obligación de crear garantías de no repetición, imponen al Estado cargas tanto negativas como positivas en la defensa de derechos humanos. Por tanto, estas obligaciones son el sustento jurídico vinculante por el cual Estado y sus agentes, al realizar conductas corruptas y despojadoras, defraudan normas de carácter internacional, lo que tiene como consecuencia la declaración de responsabilidad internacional.

En último lugar, las conductas corruptas y despojadoras representan la defraudación de valores fundamentales como la dignidad humana, la confianza legítima y la moralidad administrativa. La defraudación de estos valores tiene impactos indirectos en la sociedad y puede traer como consecuencia afectaciones profundas en la democracia y en la relación de los ciudadanos con el ordenamiento jurídico y con el Estado.

Por consiguiente, hay variedad de fundamentos que contribuyen a construir la responsabilidad extracontractual del Estado por corrupción despojadora. La declaratoria de esta responsabilidad podría darse en el marco de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que este tipo de proceso judicial es el idóneo para hacer reproche al Estado por los daños antijurídicos producidos por sus agentes. (Consejo de Estado, 2018) Igualmente, las conductas corruptas y despojadoras tienen todos los elementos necesarios para ser imputadas en el marco de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por responsabilidad extracontractual, por lo que representan daños antijurídicos y pueden ser imputables al Estado.¹⁸ Estos fundamentos deberán ser tenidos en cuenta por el juez administrativo para entablar un juicio de responsabilidad que dé respuesta a las complejidades del despojo de tierras y hagan un reproche suficiente a la corrupción presente en las diferente esferas de poder de las entidades públicas.

REFERENCIAS:

Abogada defensora de derechos humanos. (8 de junio de 2018). (A. Sanabria Rodelo, Entrevistador)

Abogado especialista en restitución de tierras. (28 de mayo de 2018). (A. Sanabria Rodelo, Entrevistador)

¹⁸ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, para que el Estado sea declarado responsable patrimonialmente, es necesaria la acreditación de un daño antijurídico que le sea imputable. Este constituye el primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado, asimismo, que éste le sea atribuible al Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018).

Académico experto en desplazamiento forzado. (9 de mayo de 2018). (A. Sanabria Rodelo, Entrevistador)

Botero, E. G. (2013). Tesauro de responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Temis.

Castañeda, A. S. (2012). Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. *Saber, Ciencia y Libertad*, 12(7), 35-45.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2009). *El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación Conceptual*. Bogotá.

Comité de los Derechos Humanos. (2004). Observación General N°31. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la índole de la obligación jurídica general impuesta, New York.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Consejo de Estado (Sección Tercera 27 de agosto de 2018).

Consejo Estado, 58600 (Sección Tercera 14 de septiembre de 2017).

Corte Constitucional, C-287 (2001).

Corte Constitucional, Sentencia C-131 (Corte Constitucional 2004).

Corte Constitucional, Sentencia T-472 (Corte Constitucional 2009).

Corte Constitucional, T-291 (Corte Constitucional 2016).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yakye Axa vs Paraguay* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005).

Corte Interamericana de Derechos. (1990). Opinión Consultiva OC-11190. San José.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso: Cinco pensionistas vs Perú* (28 de febrero de 2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de enero de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Ituango vs Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2006).

- Corte Interamericana Derechos Humanos, Masacre de Pueblo Bello vs Colombia (enero de 2006).
- Dupeiroux, H. (1922). *Faute personnelle et faute du service public*. Paris: A. Rosseou.
- Economista de la Corporación Consorcio Comunitario. (5 de junio de 2018). (A. Sanabria Rodelo, Entrevistador)
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002-2003). *Derechos fundamentales y democracia constitucional. Analisi e diritto*.
- Fundación Konrad Adenauer Stiftung. (2010). *Crimen, captura y reconfiguración cooptada del Estado: cuando la descentralización no contribuye a profundizar la democracia*. En L. J. Garay, *25 años de la descentralización en Colombia* (págs. 93-137). Colombia.
- Garay, L. J., Salcedo-Albarán, E., De León, I., & Guerrero, B. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.
- García, J. I. (1975). *Teoría general de las sociedades*. Bogotá: Legis.
- Garzón, A. O. (2015). *Responsabilidad frente a solidaridad: el fundamento abstracto del deber de responder*. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad Extracontractual del Estado* (pág. 121). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hellmann, J., & Kauffmann, D. (2001). *La captura del Estado en las economías en transición*. Washington D.C: Finanzas & Desarrollo.
- Ibañez, A., & Muñoz, J. C. (2012). *La persistencia de la concentración*. Opsahl Academic EPublisher.
- MARTÍNEZ, M. E. (2004). *La conformación territorial en Colombia: entre el conflicto, el desarrollo y el destierro*. Bogotá.
- Morand, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Osorio, F. E., & Lozano, F. (1996). *Pobladores rurales en situación de desplazamiento: condiciones y perspectivas*. Bogotá: Alta Consejería para los derechos humanos.
- Pastor, J. A. (2004). *Principios generales del derecho administrativo general*. Madrid: Iustel.
- Perdomo, J. V. (2016). *Derecho Administrativo* (decimocuarta ed.). Bogotá: Legis.
- Procuraduría General de la Nación, Fallo 161501 (Procuraduría General de la Nación 2015).

- Programa Nacional de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2011). Colombia rural:
Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo. Bogotá: INDH PNUD.
- Rasy, D. (1963). Les frontières de la faute personnelle et de la faute del service en droit
administratif fraancais. París.
- Rodríguez, L. (2002). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Temis.

RESPONSABILIDADES ESTATAL Y PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DAÑOS AMBIENTALES. ESTUDIO DE CASO: HOLCIM COLOMBIA EN NOBSA, BOYACÁ.

MARCOS GABRIEL ACEVEDO MOYANO¹

RESUMEN:

Este artículo desarrolla la propuesta realizada en el trabajo de investigación que lleva el mismo nombre. En ella se explica cómo en Colombia y en todo el mundo hay un problema de contaminación. La industria cementera a través de la incineración de residuos en sus hornos genera sustancias dañinas para el medio ambiente y para la salud humana. Holcim es una de las cementeras que realiza el “coprocesamiento” en Colombia. El Estado es el garante de los derechos e intereses de todos. Hay un sistema de responsabilidades que adolece de un problema consistente en una errada asignación de culpas. En materia penal son responsables los representantes legales y no las empresas. Ese problema se resuelve con un cambio en la concepción personal de autor. Cuando se acepta que el responsable penal es una persona jurídica, el incidente de reparación integral de los perjuicios se dirige contra la misma y se resuelve el problema en la esfera civil. En materia de responsabilidad estatal se diferencia entre quien comete el daño ambiental (las empresas) y quien lo permite con su deficiente labor (el Estado), y en esa medida se propone la creación de un nuevo título de imputación con la estructura de la falla anónima del servicio y bajo el nombre de falta de diligencia en el proceso de otorgamiento y vigilancia sobre las licencias ambientales. Con los cambios propuestos se corregirían los problemas de asignación equivocada de culpas. Como Holcim es una empresa suiza no se le puede aplicar el derecho colombiano, pero el Derecho Internacional puede ofrecer soluciones.

Palabras clave: Responsabilidad Estatal, Responsabilidad Penal, Personas Jurídicas, Daños Ambientales, Incineración de Residuos, Nobsa, Boyacá (Colombia)

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo: marcos.acevedo@est.uexternado.edu.co

1- INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, las guerras dejaron de ser la principal preocupación de las naciones civilizadas y en su lugar, los problemas de contaminación a nivel global, han recibido esa atención. Para nadie es un secreto que en el proceso de desarrollo económico, algunos sectores industriales han apelado a la irresponsabilidad para obtener mayores ganancias, incluso si ello implica que se ponga en riesgo el medio ambiente. Uno de los principales ejemplos de industrias que con su proceder han afectado gravemente a la naturaleza, se encuentra en la cementera. Para fabricar el cemento se requiere fundir todos los compuestos a unas temperaturas altísimas, que alcanzan los 1.450 °C. Hace algún tiempo las cementeras empleaban el carbón para obtener ese poder calorífico, pero en la medida en que la sociedad moderna entendió que dicho mineral tenía una naturaleza no renovable, tuvieron que recurrir a mecanismos alternativos de obtención de calor. En ese momento de la historia, la incineración de residuos se presentó a las cementeras como una respuesta a la incógnita “¿de dónde se puede obtener energía?”. Efectivamente, la quema de residuos de diferentes naturalezas en hornos de esta industria, representaba para la misma los poderes caloríficos netos que se requerían para poder fundir, entre otras cosas, el Clinker (elemento indispensable para producir el cemento tipo portland). De otro lado, se dijo que la práctica de la destinación final de residuos en hornos cementeros también resolvía el problema de qué hacer con los mismos.

UN ESTADO PERMISIVO POTENCIALIZA EL DAÑO

Por los beneficios que aparentemente traía consigo esa técnica, tuvo una gran acogida entre todos los miembros de la industria y asimismo, los Estados donde dichas empresas estaban ubicadas vieron en la creciente práctica, una posibilidad de reducir sus cargas prestacionales. Para incentivar la proliferación de hornos dedicados a la incineración de residuos, los Estados en mención crearon beneficios en forma de reducciones en las obligaciones tributarias que las empresas debían asumir. A medida que las cementeras alrededor del mundo continuaron empleando esa técnica, descubrieron que se obtenía una energía mayor cuando los residuos que se quemaban tenían una toxicidad elevada, es decir, cuando los residuos eran fósiles y tóxicos.

Sorpresivamente las empresas decidieron apostarle a las mayores ganancias, a costa de las graves implicaciones medioambientales propias de la quema de residuos peligrosos y no a la racionalidad, ni a la conciencia ambiental. De manera paulatina, algunos sectores activistas y progresistas de la sociedad ejercieron presión social a los Estados que eran permisivos con la insensatez de las empresas depredadoras del medio ambiente. La lucha altruista de ese sector defensor de derechos, arrojó como resultado que el Derecho Internacional reaccionara a través de la creación de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático de 1992 y su respectivo protocolo de 1997. En estas herramientas internacionales para hacerle frente al naciente problema de contaminación se establecieron compromisos para los países firmantes y sus empresas. Los compromisos estaban encaminados a respetar los límites a las emisiones de gases del efecto invernadero (GEI), que se propusieron para un periodo de tiempo determinado.

Para las cementeras, los compromisos se traducían en restricciones frente a los residuos que se podían quemar y en cuanto a las cantidades de los mismos. A pesar de las herramientas del Derecho Internacional y de la ratificación del Estado colombiano a través de la Ley 629 del 2000, la incineración de residuos como práctica alternativa de obtención de calor en hornos cementeros llegó al territorio nacional, con las falencias propias de una economía depredadora y de un estado

subdesarrollado del arte en esa materia que, aún hoy, genera consecuencias negativas para el medio ambiente.

La problemática recién planteada se padece por todas las comunidades donde se encuentran ubicadas las cementeras que emplean la técnica de la incineración de residuos para obtener la energía que necesitan en su proceso de fabricación de cemento. Sin embargo, por efectos prácticos, en la investigación en la cual se basa este artículo, solamente se analizó el caso de una cementera en concreto, Holcim Colombia. Holcim es en realidad un miembro de la multinacional suiza La Farge Holcim, que llegó a nuestro país cuando en 1957 adquirió la totalidad de las acciones de una prometedora empresa boyacense (Cementos Boyacá). Desde la década de los 90' en el siglo pasado, Holcim Colombia empezó a incinerar residuos y a ese proceso lo denominó Coprocesamiento.

NO TODAS LAS BUENAS IDEAS SE MATERIALIZAN EN LA FORMA CORRECTA

El discurso de Holcim y de todas las cementeras en general sugiere que el Coprocesamiento es el mejor mecanismo de disposición final de residuos en la medida en que resuelve dos problemáticas de manera simultánea. De un lado afirman que logra deshacerse de los residuos mientras que de otro lado, les proporciona la energía que necesitan para producir cemento. En contraposición, hay estudios científicos que demuestran que los aparentes beneficios de esta técnica son un arma de doble filo, porque, en efecto, la práctica proporciona el poder calorífico necesario a los miembros de la industria cementera, pero el resultado de la combustión de la mayoría de residuos, son sustancias tóxicas y dañinas para el medio ambiente y para los seres humanos. Ese conjunto de sustancias peligrosas que se generan en la postcombustión de residuos fósiles y tóxicos, en los metales pesados volátiles y las cenizas de los inquemados, pertenecen a una familia de elementos que se denominan como organoclorados y que según la red de investigadores españoles, Infancia y Medio Ambiente (INMA, 2016):

“forman parte de los compuestos orgánicos persistentes (COPs) por su presencia en todo el planeta, su bioestabilidad y su lenta biodegradación, su acumulación en los tejidos grasos y su vida media larga. Como su nombre lo indica los COPs son compuestos químicos orgánicos en donde algunos o la totalidad de sus átomos de hidrogeno se substituyen por cloro”.

Como se evidencia con esta definición, en los organoclorados se pueden encontrar, entre otros compuestos, a las dioxinas y a los furanos, que se adhieren a la piel y estando allí son capaces de reemplazar a los átomos de hidrogeno por átomos de cloro. El resultado de este fenómeno es fatal y así lo demuestran los estudios realizados por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés) y por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC), donde se demostró que dichos compuestos producen cáncer, problemas reproductivos, daños en el sistema inmunológico y que además, pueden interferir en las hormonas.

(Agency, 2012). Dado que las dioxinas, los furanos y todos los compuestos producto de la combustión de residuos resultan nocivos para la salud humana y para el ambiente en general, el coprocesamiento es una fuente de daño ambiental. Así lo demuestra el estudio realizado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina en el caso “Córdoba, Argentina vs. Holcim”, donde también esta multinacional tenía una cementera que incineraba residuos y se logró probar que producía sustancias toxicas como las antes mencionadas. (FUNAM, Fundación para la defensa del ambiente, 2011). Con los anteriores estudios queda demostrado que el proceso de incineración de residuos en hornos cementeros para obtener energía sí es una fuente de contaminación que genera daños ambientales de proporciones colosales.

No está de más recordar que el Estado es garante de nuestros derechos por mandato de la Constitución Política de 1991, de las leyes colombianas y de la jurisprudencia que de manera

armónica han determinado el carácter ecológico de nuestro Estado Colombiano. Además de ser el garante de nuestros derechos, el Estado está obligado a crear los mecanismos jurídicos necesarios para constreñir a todos a respetar los derechos e intereses jurídicos legales de sus semejantes y para sancionar todas las posibles contravenciones a ese mandato imperativo. El problema surge porque si bien deontológicamente el Estado tiene esas funciones, en la práctica dispone de un sistema jurídico que presenta problemas serios de asignación de responsabilidades, especialmente en las esferas de las responsabilidades penal, civil y estatal, que fueron objeto de estudio.

ESTRUCTURA PROPUESTA EN EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El problema es que independientemente de su contenido, está normativa desde el momento de estar promulgada se convierte en ley penal con perjuicio de su carácter obligatorio para todo el territorio nacional. Lo anterior, sin importar si la misma contiene normas contrarias a la Constitución Política o a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-936, 2010). En el trabajo de investigación se propuso una estructura de dos capítulos. En el primero de ellos se explicó desde el punto de vista científico y jurídico lo que se entiende por daño ambiental, contaminación y por qué la incineración de residuos de Holcim produce contaminación. Asimismo, se explicó cómo es la responsabilidad por daños ambientales para los diferentes actores que los pueden generar.

En el segundo capítulo se explican las responsabilidades penal, civil y estatal frente a los daños ambientales. Se muestra que en las tres encontramos un problema común y es que se hace responsable a la “persona equivocada” y se deja indemne al verdadero responsable. Se propone una solución a este problema en cada uno de los ámbitos de la responsabilidad. En el ámbito penal se propone un cambio en la concepción personal de autor que conduce a que la responsabilidad civil, a través del incidente de reparación, se dirija a las empresas. En materia de responsabilidad estatal se propone la creación de un nuevo título de imputación. También en este capítulo se desarrolla el estudio de caso: la quema de residuos por parte de Holcim Colombia.

Los estudios científicos que se referenciaron previamente dan fe de que se cumple con el presupuesto fáctico de la responsabilidad por daños ambientales porque se demostró con los mismos que materialmente sí hay actos de contaminación por parte de las cementeras que practican la incineración de residuos como mecanismo para obtener calor, y que en conjunto constituyen daños ambientales.

Desde el punto de vista jurídico también se podrían citar normas de la Constitución Política Colombiana, del grueso de las leyes colombianas y de la jurisprudencia local, que dotan de contenido jurídico a los daños ambientales. De igual manera se pueden extraer de esas mismas fuentes los fundamentos legales de las obligaciones que el Estado Colombiano tiene como garante de los derechos de todos y las responsabilidades en las que puede incurrir en caso de incumplir dichas obligaciones. Por ejemplo, se puede decir que de la lectura sistemática de las disposiciones de la Carta Política se puede inferir que aunque los derechos constitucionales fundamentales que recoge la Constitución son independientes y cuentan con sus contenidos propios, vistos en conjunto generan un nuevo conjunto de obligaciones para el Estado a la hora de garantizarlos. De ese modo se puede afirmar que el derecho a la vida solo se garantiza en la medida en que el derecho al ambiente sano esté protegido.

PROBLEMAS EN EL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES

Pasando al tema del actual sistema penal de responsabilidad por daños ambientales, hay que decir que aunque existe un capítulo del Código Penal dedicado a las conductas que se consideran como

reprochables, coexiste un problema de fondo, que está dado por la concepción personal de autor que se tiene en nuestro país y que promueve que solamente las personas naturales puedan ser penalmente responsables. Lo anterior significa que si bien existen delitos y/o responsabilidad penal por daños ambientales, esta no es imputable a los verdaderos responsables (los actores de la economía depredadora), sino que solo se puede dirigir a las personas naturales que ostenten la calidad de representantes legales de las empresas. En la investigación se propuso una respuesta a todos los interrogantes que pueden surgir a la hora de proponer una responsabilidad penal para las personas jurídicas, entendiendo que estas en su calidad de ficciones jurídicas tienen la capacidad de tomar decisiones conscientes e informadas pues en teoría deben contar con asesores expertos en cada tema. También se sugiere que deben ser responsables a título propio por los daños ambientales que cometan, porque también a título propio son capaces de obtener ganancias derivadas de sus actividades. La idea es extender el rango de capacidades de las personas jurídicas (empresas) y entender que así como son titulares de derechos y centros de imputación de obligaciones, también pueden considerarse como responsables por los actos contrarios a derecho que cometan con la única finalidad de obtener un provecho económico. En el trabajo de investigación se realiza un juicio de adecuación típica a una persona jurídica, proponiendo en cada caso una posible respuesta a los problemas dogmáticos que se presentan. De igual manera se analiza la experiencia alemana y francesa como ejemplos de estados donde se ha adoptado la tesis propuesta y se han evidenciado las bondades de la misma. Por ejemplo, se demostró que en Alemania con las penas económicas que se imponen como penas y en Francia, las cancelaciones de las personerías jurídicas se cumplen de manera más efectiva con los fines teóricos de las penas. Básicamente lo que se hizo en la investigación fue analizar el actual sistema penal de responsabilidad frente a daños ambientales (descubriendo que son responsables los representantes legales y no las empresas); identificar las falencias de dicho sistema (se comete una injusticia al hacer responsable a alguien que no toma las decisiones), proponer un mejor sistema penal que resuelva el problema en cuestión (sistema penal de responsabilidad para las personas jurídicas a título propio); sugerir una posible solución a los problemas dogmáticos o teóricos que surgen al querer adoptar el cambio de sistema (a través de un juicio hipotético de adecuación típica a una persona jurídica); justificar las razones por las que las personas jurídicas deben responder a título propio y no a través de sus representantes legales (porque son los órganos de decisión los que adoptan medidas favorables a sus intereses económicos y no responsables con el medio ambiente); y finalmente, se presentan ejemplos de sistemas penales avanzados donde se materializó la propuesta de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas que con su proceder generen daños ambientales (sistemas alemán y francés). Una vez que se acepta que la responsabilidad penal es de las empresas y no de sus representantes legales, se sobreentiende que la responsabilidad civil propia del incidente de reparación va a estar dirigida en contra de las primeras, corrigiendo así el problema de asignación errada de culpas que se ha referenciado a lo largo de la investigación.

UN ESTADO QUE INCUMPLE CON SUS OBLIGACIONES DEBE RESPONDER POR ESA FALTA DE DILIGENCIA

En materia de responsabilidad estatal se parte de una aclaración que consiste en que el Estado es responsable frente al fenómeno de la contaminación por parte de las empresas, pero no como el responsable directo de dichos actos de contaminación, sino como un determinador que con su deficiente cumplimiento de obligaciones y cargas prestacionales permite que las empresas generen daños ambientales. Hay un principio fundante en materia de la responsabilidad civil y se traduce en que un mismo daño no se puede reparar dos veces. Este principio va de la mano con la aclaración propuesta en la medida en que se diferencia al autor mediato de los daños ambientales (las empresas) y al autor inmediato (el Estado). Esa permisividad del Estado lo hace responsable y en este punto se evidencia el aporte de la investigación, pues se propone la creación de un nuevo título de imputación de responsabilidad estatal que maneja la estructura de la falla del servicio y que encuentra su contenido en la falta de diligencia en el proceso de otorgamiento y de vigilancia sobre las licencias ambientales. Básicamente, se analizan las deficiencias del Estado y sus instituciones a la hora de cumplir con las funciones que tiene como garante de los derechos de todos y se propone

una sutil diferencia desde el punto de vista práctico, pero notable desde el punto de vista teórico para hacerlo responsable por aquello que debe responder.

Finalmente, se analiza la dificultad para encontrar caminos jurídicos capaces de hacer responsable a dicha empresa y se evalúan alternativas existentes en el derecho local e internacional. Estas alternativas son la renegociación de las condiciones del tratado, la excepción justificada en la aplicación del tratado y la responsabilidad internacional de las transnacionales.

CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

La primera conclusión a la que podemos llegar es que de los variados mecanismos de disposición final de los residuos, el de incineración de residuos es uno de los más dañinos ya que se emplea mal e indiscriminadamente. En la actualidad existen mecanismos de disposición final de residuos innovadores y amigables con el medio ambiente como, por ejemplo, el que busca construir ladrillos y edificaciones con basura. En cualquier caso, el reciclaje resulta menos lesivo para el medio ambiente. La segunda es que Holcim, a través de su proceso de incineración de residuos (coprocesamiento), genera daños ambientales por la combustión de los residuos y por la limpieza de los hornos con agua, que produce gases y líquidos contaminantes. La tercera consiste en que si bien es Holcim quien produce el daño ambiental, el Estado también es responsable. Esto ocurre por una falla estatal en la prestación de sus servicios ocasionada por una falta de diligencia en el proceso de otorgamiento de Licencias Ambientales y en los procesos de vigilancia sobre el cumplimiento de las licencias. El Estado es responsable como garante de nuestros derechos, bajo un nuevo título de imputación que usa la estructura de la falla anónima del servicio.

La investigación también nos permite acercarnos, a manera de conclusión, a una de las problemáticas actuales del país: el abandono de los ideales de justicia que se encuentran inscritos en la Constitución de 1991. En la búsqueda desenfrenada de bienestar económico, la sociedad se ha olvidado de los valores éticos, del amor por la naturaleza y del afable ideal humano de hermandad. Esto ha conducido a un derecho reactivo y enfocado en el castigo individual de los responsables más que en la protección de los sujetos de derecho.

Los asuntos estudiados en este trabajo tienen un componente técnico innegable pero surgen de esta equivocada forma de entender el papel de nuestro Estado. Hemos demostrado que la cultura de la prevención es más económica y racional que la de la represión para este caso, y su manifestación técnica: que una modificación en la concepción personal de autor conduce a una mejor protección del derecho al ambiente sano. El Estado es la unión de las personas que trabajan día tras día por mantenerlo y del mismo modo el Estado debería estar al servicio de la gente. Lamentablemente en nuestro país no ocurre esto, y quienes sufren en el silencio y la impotencia, propios del olvido estatal, son las víctimas de una economía depredadora que tiene al Estado como su principal verdugo. (Acevedo Moyano, 2018)

REFERENCIAS:

- Acevedo Moyano, M. G. (2018). *Responsabilidades estatal y penal de las personas jurídicas por daños ambientales. Estudio de caso: Holcim Colombia*. Bogotá, Colombia: Centro de Investigación en Política Criminal.
- Ambiente, I. I. (16 de agosto de 2016). INMA. Recuperado el 23 de febrero de 2017, de Infancia y medio ambiente: <http://www.proyectoinma.org/que-afecta-a-salut/contaminantes-ambientales/compuestos-organoclorados.html>

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Corte Constitucional, (16 de julio de 2015) Sentencia C-449. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, (20 de febrero de 2015) sentencia T-080 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, (17 de junio de 1992) Sentencia T-411. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, (15 de diciembre de 2015) Sentencia T-606. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, (7 de mayo de 2002) Sentencia C-339. [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, (27 de julio de 2010), Sentencia C-595. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, (24 de agosto de 2011), Sentencia C-632. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional, (10 de noviembre de 2016), Sentencia T-622. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, (26 de septiembre de 1996), Sentencia C-495. [MP Fabio Morón Díaz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de abril de 2018). Sentencia stc4360-2018. [MP Luis Armando Tolosa Villabona]

Congreso de Colombia. (5 de marzo de 1990) Convenio de Viena Para la Protección de La Capa de Ozono. [Ley 30 de 1990]. DO: 39.216

Congreso de Colombia. (5 de agosto de 1998) Ejercicio de Acciones Populares y de Grupo. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357

Congreso de Colombia. (13 de enero de 1999) Modificación al Código Penal. [Ley 491 de 1999]. DO: 43.477

Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 1998) Aprobación del Protocolo de Kioto. [Ley 629 del 2000]. DO: 44.272

Congreso de Colombia. (19 de diciembre de 2008) Comparendo Ambiental. [Ley 1259 de 2008]. DO: 47.208

Congreso de Colombia. (27 de noviembre de 2008) Normas prohibitivas en materia ambiental. [Ley 1252 de 2008]. DO: 47.186

Congreso de Colombia. (6 de junio de 2008) Convenio entre Colombia y Suiza sobre la protección de las inversiones. [Ley 1198 de 2008]. DO: 47.012

Congreso de Colombia. (26 de agosto de 2005) Lucha contra la trata de personas. [Ley 945 de 2005]. DO: 45.826

Congreso de Colombia. (21 de julio de 2009) Procedimiento sancionatorio ambiental. [Ley 1333 de 2009]. DO: 47.417

Consejo de Estado, Sala plena Contenciosa Administrativa (2 de mayo de 2016) Sentencia 52001-23-31-000-2003-01063-01. [MP Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera (13 de febrero de 2016) Sentencia 25 000 23 28 000 2000 01638 01. [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sección Primera (14 de abril de 2016) Sentencia 44001-2331-000-2009-00022-01. [MP Guillermo Vargas Ayala]

- Congreso de Colombia. (5 de junio de 1995) Prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire. [Decreto 948 de 1995]. DO: 41.876.
- Congreso de Colombia. (1 de abril de 1995) Tasas retributivas por la utilización directa o indirecta del agua como receptor de los vertimientos puntuales. [Decreto 901 de 1997]. DO: 43.083.
- Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1995) Prevención y manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral. [Decreto 4741 de 2005]. DO: 46.137.
- Congreso de Colombia. (28 de marzo de 1995) Acceso a rellenos sanitarios e incentivo Municipal por disposición final de residuos. [Decreto 838 de 2005]. DO: 45.862.
- Congreso de Colombia. (3 de julio de 2008) Prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, en particular de la disposición adecuada de los residuos sólidos. [Decreto 2436 de 2008]. DO: 47.040.
- Congreso de Colombia. (5 de agosto de 2010) Reglamento de Licencias Ambientales. [Decreto 2820 de 2010]. DO: 47.792.
- Congreso de Colombia. (27 de septiembre de 2011) Crea la Agencia Nacional de Licencias Ambientales. [Decreto-Ley 3573 de 2011]. DO: 48.205.
- FUNAM, Fundación para la defensa del ambiente. (2011). Estudios M44 y M56. Córdoba, Argentina: FUNAM.
- Grupo Consultivo De Expertos Sobre Las Comunicaciones Nacionales De Las Partes No Incluidas En El Anexo I De La Convención (GCE, 1996).
- Ramírez, L. H. (23 de febrero de 2017). Quema de residuos en Holcim Colombia. (M. G. Moyano, Entrevistador)